

# CONTEXTUALIZAÇÃO DO CENÁRIO DO DIREITO DO TRABALHO NOS MOVIMENTOS SOCIAIS CONTEMPORÂNEOS NEOLIBERAIS E O ESPAÇO DO TEMA “MEIO AMBIENTE DO TRABALHO”

*Ivan Dias da Motta\**

**SUMÁRIO:** 1. O Papel da constituição no cenário do neocorporativismo neoliberal;  
2. Referências.

## 1. O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NO CENÁRIO DO NEOCORPORATIVISMO NEOLIBERAL

Pensar o tema “meio ambiente do trabalho” no cenário do neocorporativismo como ideário de garantia e defesa da dignidade do trabalhador, enquanto pessoa humana, deve-se entender a base da justificativa constitucional da manutenção de todo o sistema<sup>1</sup>.

O capital, no cenário do neocorporativismo, utiliza a legitimidade conferida pela constituição à autonomia privada coletiva, para que seus representantes (grupos intermediários) elaborem fontes formais de direito em pé de igualdade com o Estado. Este discurso contém dupla finalidade: eliminar a concorrência do *Estado-empresário* do mercado nacional, abrindo novos espaços de reprodução do capital; definir dois momentos de domínio jurídico: o da criação das normas para legitimar a atuação (negociação sobre

---

\* Professor do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR) na disciplina de *Relações de Trabalho na empresa e desenvolvimento sustentável na sociedade*, da Linha de Pesquisa em Direito Ambiental.

<sup>1</sup> Em outros termos, entender o denominador comum que mantém todos os sujeitos sociais competindo. Esse elemento justifica tanto a necessidade de exploração como a necessidade de se manter vivos os homens em segurança e com dignidade. Este tema pressupõe a leitura da obra de Jurgen Habermas, principalmente a Teoria da Ação Comunicativa, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, A crise da legitimação no capitalismo tardio. Como fonte rápida de consulta cito a obra de Moreira, L. *Fundamentação do Direito em Habermas*, 2ª ed. São Paulo: Belo Horizonte. 2002.

heteronomia); o da solução do conflito com preferência pela autocomposição ou solução privada (mediação ou arbitragem).

Contudo, a *balcanização*<sup>2</sup> do Estado brasileiro e a política social-liberal<sup>3</sup> revelam duas posturas: a) no discurso constitucional, a legitimação do espaço da autonomia privada coletiva como fonte formal do direito, e b) na realidade, seu total desrespeito, porque o Estado é impelido, para se tornar competitivo mercado internacional, a *sucatear* e/ou *omitir* os mecanismos de garantia da prática econômica<sup>4</sup> tendente a fins sociais-nacionais. Manoel Jorge e Silva Neto aponta essas ações do executivo do Estado brasileiro “*assujeitam-se, sim, à fiscalização abstrata da constitucionalidade, com amparo no princípio da democracia participativa*”<sup>5</sup>, afirma, ainda, que:

---

<sup>2</sup> Entendida como a incapacidade de resistência do Estado-nacional ao capital e a conseqüente estruturação de filtros para atendimento das necessidades sociais, já que a todas não é possível e não é querido pelo capital. As estratégias desta burocratização do estado estão claras com o sucateamento de setores e órgãos do governo que possam representar um contra-poder aos representantes do capital, por exemplo, a polícia judiciária, a magistratura, o ministério público, os institutos de defesa do meio ambiente (fiscalização e manutenção de parques nacionais), a regulamentação de remessas de capital para o exterior e mecanismos tributários para garantir a fuga de divisas.

<sup>3</sup> Aqui adota-se a fala de Miguel Reale quando contrapõe as finalidades da social-democracia com o social-liberalismo. “Para o social-liberal, ao contrário, as soluções baseadas na livre iniciativa devem ter caráter preferencial e prioritário, somente se admitindo a ação direta do Estado quando os agentes econômicos se revelarem incapazes de assegurar a “liberdade social”, isto é, aquele mínimo de vida individual sem o qual as liberdades jurídica e política são meros simulacros. A figura do “Estado empresário” só se põe para um social-liberal em última instância, após se revelarem insuficientes as estruturas internas do mercado. Como foi assinalado, ao contrário dos liberais clássicos ou revisionistas, os social-liberais reconhecem o papel positivo do Estado no que se refere ao necessário equilíbrio que deve existir entre as três formas essenciais de liberdade, a jurídica, a política e a social. Nesse caso, admitem a interferência do Estado na economia, não apenas negativamente, para reprimir abusos, mas também positivamente, para estabelecer normas gerais capazes de favorecer a harmonia entre a “livre iniciativa” e a “defesa do consumidor”, dois dos princípios que, segundo o Art. 170 da Constituição em vigor, constituem princípios da ordem econômica. *Nesse sentido, o Estado não pode deixar de cuidar de problemas de infraestrutura, quando insuficientes os recursos privados, sendo, outrossim, legítima a política de fomento e incentivos à produção, editando planos econômicos-financeiros que não podem ser apenas “indica ti vos para o setor privado”, consoante liricamente determina o Art. 174 da carta de 1988, desobedecido a todo instante, e, o que é pior, com o apoio do Poder Judiciário, que tem dado o mais amplo entendimento à palavra “indicativo” ...* Reale, M. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 116.

<sup>4</sup> Entre outras ações ou omissões do Estado balcanizado, tem-se a ineficácia programática das normas constitucionais (contrapondo-se à máxima efetividade); a restrição dos efeitos da coisa julgada e da legitimação para ações coletivas ou remédios constitucionais (inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção) nas chamadas “*pertinências temáticas*”; restrição ou responsabilização contra atuação do Ministério Público, recente medida provisória; política para eliminação da Justiça do Trabalho, com a criação ou transferência do estigma de ineficiência estatal.

<sup>5</sup> Silva Neto, M. J. e. O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional. São Paulo: L Tr. 1999. p. 72.

*Ultimamente, por, exemplo, muito se tem discutido acerca das desastrosas conseqüências da globalização da economia (leia-se: interferência insidiosa do capital errante e especulativo no sistema financeiro nacional) no plano da realidade doméstica brasileira.*

*À feição do que aconteceu com o México, os “ex-tigres” asiáticos e com a Rússia – países que seguiram à risca as “recomendações” do denominado Consenso de Washigton – a atmosfera de desconfiança dos investidores internacionais, no que se refere aos títulos brasileiros, conduziu a grave crise econômica, cujos efeitos poderão, inclusive, atingir a América Latina e a economia mundial mesmo.*

*Diante de tal hipótese, a Constituição não defere ao Governo a liberdade ampla para ditar o momento no qual as medidas necessárias à estabilização da economia devam ser implementadas.*

*O art. 172 estabelece que “a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”, além do art. 192 impor comando quanto ao fato de o sistema financeiro ter de reverenciar os interesses da coletividade nacional.*

*Um fato de real significado salta aos olhos: não olhe e não há regulamentação eficaz quanto à forma como o capital especulativo chega aos nossos domínios, obtém proveito e se retira, sem cerimônia.*

*A Constituição não é xenófoba, mas claramente impõe limites à expansão do estrangeiro em nossa economia e, em verdade, se respeitados tivessem sido os princípios constitucionais referentes à ordem econômica, dúvida não existiria de que, hoje, dependeríamos muito menos dos recursos externos errantes<sup>6</sup>.*

No entanto, há falha no raciocínio do autor, neste último parágrafo da citação, bem como revela os limites que se deve impor às pretensões transformadoras do direito. O Estado não possui força para resistir à pressão internacional, à medida em que assume o compromisso de inserir-se no mercado mundial e receber os investimentos do capital errante. A Constituição não serve para garantir menos dependência ao capital internacional, mas sim, para legitimar sua atuação através da autonomia privada coletiva. Garantida a legitimação, inviabiliza-se a fiscalização e a punição ao desrespeito da fonte legitimante. Ademais, diz-se ao Estado: “o respeito a uma Constituição que restrinja a exploração, significa não ser explorado pelo capital internacional. Sendo assim, até logo...”. Desta forma, a intervenção na economia globalizada pelo Estado nacional é mero “indicativo”, como mencionou Reale.

Por outro lado, os direitos fundamentais constitucionais – que para alguns são a expressão do próprio poder constituinte originário, portanto anterior à própria organização do Estado legitimador do neocorporativismo –

---

<sup>6</sup> Silva Neto, M. J. e. Op. cit. p. 72.

não podem ser negados na exploração do capital, conforme já afirmado por Alejandro Portes<sup>7</sup>. Isso porque os direitos fundamentais estão na matriz legitimadora organizacional do Estado e, também, do próprio neocorporativismo, nesta nova conformação do discurso social. Negar eficácia a eles, seria negar a própria existência e a defesa da apropriação<sup>8</sup> do capital e sua reprodução, dentro do espaço do neocorporativismo e da autonomia privada coletiva.

A presente tese, portanto, parte da premissa de inserção do Brasil no cenário econômico mundial, entendendo que o mecanismo de arbitramento judicial em nada ajuda a resistência no momento de legitimação da atuação do capital. Seu campo de ação, já que um mecanismo de garantia dos direitos fundamentais está na aplicação da norma ao conflito. Para se chegar a esse espaço deixa-se para traz, como vantagem ao poder econômico: a legitimação constitucional do Estado burocratizando para legitimar a atuação da autonomia privada coletiva; a atuação de contra-poderes privados<sup>9</sup> (consumidores, trabalhadores, segurados, alunos etc) para combater a criação das fontes formais do direito legitimante do capital; o sucateamento e/ou restrições à atuação do Ministério Público na missão fiscalizatória constitucional; a possibilidade da litigiosidade permanecer contida e com isso verificar-se a eficácia de normas coletivas inconstitucionais por impossibilidade de acesso ao judiciário; e, por fim já dentro do conflito, a possibilidade de solução extrajudicial com todas as suas falhas em um país sem esta tradição e com excedente de mão-de-obra desqualificada.

<sup>7</sup> Quadro 2 - Normas trabalhistas

Alcance	Exemplos
I. Direitos Básicos	Direito contra o uso de trabalho infantil Direito contra a servidão involuntária Direito contra coerção física
II. Direitos de Sobrevivência	Direitos a um salário mínimo digno Direitos à indenização por acidente Direito a uma semana de trabalho limitada
III. Direitos Cívicos	Direito à livre associação Direito à representação coletiva Direito à expressão de reivindicações

Portes, A. Quando o mais pode ser menos: normas trabalhistas, desenvolvimento e economia informal. In: Novos Estudos. São Paulo: Cebrap. 1993. n. 35.

<sup>8</sup> Ver sobre a justificativa da propriedade privada como centro da autonomia privada coletiva, em Prata, A. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina. 1982. Cap. VIII.

<sup>9</sup> Touraine, A. Les nouveaux conflits sociaux. Sociologie du Travail. v. 17. n. 1. 1975; Offe, C. Trabalho e sociedade: problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "sociedade do trabalho". v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1989.

Superadas todas estas esferas, atinge-se poder judiciário trabalhista, que, segundo o presente estudo, deverá investigar os fatos, partindo de uma postura de defesa da hipossuficiência contra o poder econômico, aplicando/revelando/criando os direitos fundamentais constitucionais adequados ao caso concreto<sup>10</sup>, possuindo um instrumento coletivizante, desde que possível, dos resultados alcançados.

### 1.1. A (re) leitura do princípio protetor à luz dos direitos fundamentais constitucionais no cenário do neocorporativismo

A chamada (re) privatização do direito do trabalho põe em xeque, para alguns, a rigidez do princípio protetor<sup>11</sup>, propugnando-se sua relativização ou mesmo sua desvalorização. O tratamento do problema como sendo *falta de justificativa para uma hermenêutica específica do direito do trabalho*<sup>12</sup>, também não é raro de se encontrar. Neste sentido, afirmou Carrion:

*A conclusão tem que ser a de que o Direito do Trabalho não pode obedecer a princípios idealistas ilimitadamente. A Ordem Pública Econômica não perdoa... O Direito do Trabalho, quando for possível, terá que percorrer os caminhos que os países industriais percorreram. o da flexibilização das fontes do Direito do Trabalho; que, entretanto, não poderá ser, e nem se aceita seja, a morte da proteção, mas a sua adequação. Por isso não se chegará à obsolescência do Direito do Trabalho; mas haverá o*

<sup>10</sup> "Luiz Alberto David Araújo pugna pela responsabilização do Estado na hipótese de emissão de provimento declaratório da inconstitucionalidade por omissão: 'a declaração judicial da omissão implica no reconhecimento de dano a pessoa ou grupo de pessoas prejudicadas. Estamos diante de uma obrigação descumprida por uma pessoa de direito público, no caso, o Poder Legislativo da União Federal e, por outro lado, de titulares de direitos feridos, que sofreram prejuízos pela omissão legislativa, reconhecida através da coisa julgada." *apud* Silva Neto, M. J. e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: L Tr. 1999. p. 87.

<sup>11</sup> Os arautos do direito laboral, encantados com a própria obra, exacerbaram no alcance do princípio, o que contribui para a sua re-definição ou, para alguns, para o reconhecimento de sua atual desnecessidade, (...). A proteção, enquanto técnica, hoje se encontra reconhecida como necessária até mesmo pelo Direito Civil, que se vem humanizando ao longo dos tempos (basta aludirmos ao Direito do consumidor, ao direito ambiental, às locações urbanas, dentre tantas outras relações). Mas a proteção afigura-se unicamente hoje como uma das finalidades do Direito Laboral e, sequer a principal, esta última, aliás, consiste sem dúvida em harmonizar as relações de trabalho, atendidos os imperativos de uma nova ordem econômica e social. Souza, O. A. R. *Transformações em Direito do Trabalho: Incitações à reflexão*. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC. 2000. p. 82.

<sup>12</sup> Souza, O. A. R. op. cit. p. 83.

*congelamento de muitos de seus princípios*<sup>13</sup>.

Nesta linha de raciocínio, a regra do in dubio pro operário não deve ser aplicada, haja vista que as dúvidas interpretativas que dariam azo à aplicação da regra acima referida redundam no desconhecimento das regras de hermenêutica. Além disso, se partimos do pressuposto de que o Direito do Trabalho já iguala as partes em sua normalização, interpretá-lo em proveito de uma delas seria novamente desigualá-las, somente que, agora, em prol do empregado, o que se encontra longe de suas funções, mormente se atentarmos para o fato de vivermos em um modelo capitalista.<sup>14</sup> Conclui Otavio Reis de Souza:

*Felizmente se compraz a melhor doutrina e jurisprudência de que não incide o princípio da proteção em sede de processo do trabalho. Se sequer a norma trabalhista tem necessariamente este caráter, muito mais verdadeiro é que o aplicador do Direito, o Juiz, há de primar pelo tratamento igual entre os litigantes, como corolário de sua inafastável imparcialidade*<sup>15</sup>.

Segundo esta ótica, as regras da norma mais favorável e da condição mais benéfica devem sofrer mitigações. A *primeira*, porque em um espaço de negociação coletiva, reconhecido pela Constituição, os sujeitos são iguais (representações sindicais e patronais); logo as normas coletivas devem ser interpretadas segundo o *nível mais legítimo de atuação*<sup>16</sup>, a hierarquia dinâmica das normas perde eficácia<sup>17</sup>. A segunda, sofre menor relativização

<sup>13</sup> Carrion, V. *Tendências contemporâneas do direito do trabalho*. São Paulo: L Tr. p. 64 *apud* Souza, O. A. R. Op. cit. p. 80.

<sup>14</sup> Souza, O. A. R. Op. cit. p. 84. traz em sua argumentação notas neste sentido, Nascimento, A. M. *Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: L Tr. 1998, p. 88; Xavier, B. da G. L.; Romita, A. S. *Direito do Trabalho- temas em aberto*. São Paulo: L Tr. 1998. Robertella, L. C. A. *O moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: L Tr. 1994. Em sentido contrário enumera: Silva, L. de P. P. da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: L Tr. 1999; Lima, F. M. M. de. *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: LTr. 1997. AMATRA IV. Fazendo história - direito do trabalho no limiar do novo século. São Paulo: L Tr. 1994.

<sup>15</sup> Souza, O. A. R. Op. cit. p. 85.

<sup>16</sup> Segue-se a regra de que quanto mais próximo do problema, mais adequada a solução, o que se pode concordar desde que não se perca a *visão* do todo, para não gerar opressão e dominação pela força ou coação.

<sup>17</sup> Assim, o art. 620 da CL T é letra morta em uma interpretação sistemática. Também, poder-se-ia concluir que a interpretação com base nas teorias da acumulação, do conglobamento e da incidibilidade do instituto jurídico não se aplicariam, bastando o critério de quanto menor o nível de negociação maior sua legitimidade logo com maior força no conflito de normas. Seria invalidar até o art. 85 do Código Civil Brasileiro, que aponta que a interpretação não se pode prender ao nome dado às coisas, mas sim à vontade (livre) expressada.

porque se sustenta a manutenção das limitações ao *ius variandi*, através da nulidade com prejuízo na alteração contratual. Contudo, esta regra deveria ser expressa. Quanto a sua aplicação em sede coletiva, sustenta-se a proteção apenas na exceção da incorporação no contrato individual das vantagens individualmente adquiridas<sup>18-19</sup>, vencendo a já passada interpretação do enunciado 51<sup>20</sup> do TST.

É verdade que a reprodução ampliada do capital promoveu a necessidade de repensar o trabalho humano e suas relações, chegando-se à conclusão de que deveria haver expansão das relações tuteladas. Passa-se do requisito subordinação, para o requisito alteridade<sup>21</sup>, como critério essencial para definição do objeto do direito do trabalho.

A desnecessidade do trabalho humano e a definitividade de excedentes populacionais excluídos justificam a precarização / flexibilização das normas heteronomas ideologicamente concebidas para albergarem e acomodarem os conflitos trabalhistas dentro do Estado. O princípio protetor, concebido para atuação deste Estado forte e interventor, perdeu seu suporte fático e seu *Pai Interventor*.

Isto quer significar a volta à defesa da liberdade individual, em que cada um é rei e responsável por suas decisões? Ou então, o discurso interpretativo do direito do trabalho e seus fundamentos direcionam-se à vontade organizada dos grupos intermediários; à organização do contrapoder?<sup>22</sup> Em outros termos, a *vontade*, por si só, é elemento que garante

---

Quer parecer que a inversão da lógica de legitimação não exclui a diferença fundamental que é base do regramento das relações do trabalho, do consumo, da previdência, do seguro, do meio ambiente etc. As normas coletivas formatadas pelos grupos intermediários possuem limites, justamente na Constituição como na teoria das nulidades das normas coletivas, que serão trabalhadas mais adiante, neste tópico.

<sup>18</sup> Conforme interpretação jurisprudencial da SDI do TST, precedente n. 41. apud Almeida, R. R. de. a direito do trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamentos interno. In: Manual de direito do trabalho - Estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo: L Tr. 1998. p. 752.

<sup>19</sup> Almeida, R. R. de. Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia, incorporação nos contratos individuais de trabalho. São Paulo: L Tr. v. 60. n. 12. 1996.

<sup>20</sup> "51. As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento."

<sup>21</sup> Dallegrave Neto, J. A. José Afonso. Inovações na Legislação Trabalhista. Aplicação e Análise Crítica. São Paulo: L Tr. 2000. 26.

<sup>22</sup> Expondo já as respostas a essas questões Dorothee S. Rüdiger traz a doutrina moderna européia, Offe e Touraine: *Claus affe verifica a mesma generalização dos conflitos para a sociedade alemã.* (NA - consumo e salário). Há, porém, para ele uma polarização na sociedade. Existe uma confrontação entre o mundo da produção (o dinheiro, o poder, a ação racional, dos quais também participam os assalariados estáveis e seus representantes, os sindicatos) e o mundo do espaço vital (com sua exigência de autodeterminação, proteção do meio ambiente, emancipação e ação comunicativa). Não se

a construção jurídica legitimadora da apropriação da mão-de-obra e do resultado da produção? Volta-se a essa justificativa?<sup>23</sup>

Quer parecer que não. A autonomia privada coletiva possui limites<sup>24</sup> constitucionais e infraconstitucionais (teoria das nulidades); a vontade do trabalhador miserável não serve de base para legitimar sua apropriação, diz-se, apropriação de seu fazer ...

Com a reprivatização do direito material do trabalho, não se retoma ao direito civil dos tempos das liberdades individuais (liberdades públicas em face do Estado) e aplicação da *pacta sunt servanda*. Mas sim a um direito das coletividades que possui em sua matriz ontológica a desigualdade entre poder público/cidadão; consumidor/fornecedor e trabalhador/empresário. Assim, o princípio protetor, tradicionalmente concebido na estrutura proposta por Plá Rodrigues<sup>25</sup>, deve sofrer uma releitura tendo por base a tutela dos direitos coletivos trabalhistas sob a ótica dos direitos fundamentais do trabalhador e da dignidade da pessoa humana. Isto porque é imperativo

---

*encontra essa polarização na teoria social de Touraine. (...) É a "vontade de reapropriação coletiva dos instrumentos e dos resultados da gestão". A ordem opõe-se uma contra-ordem, a sociedade se reconhece no conflito cujo objeto é o controle da transformação. Nesse conflito, o Estado pode desempenhar um papel decisivo garantindo a participação popular na tomada de decisões que dizem respeito à sociedade. Isso vale dizer para a França e a Alemanha, campos de estudo de Alain Touraine e Claus Offe. Se no Brasil, ao que tudo indica, o conflito central é ainda o conflito trabalhista, com suas versões sindicais e políticas tradicionais, a razão está, portanto, no estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira e não, como muitos defendem, no "atraso" de consciência dos trabalhadores brasileiros. Rüdiger, D. S. O contrato coletivo no direito privado. São Paulo: L Tr. 1999. p. 49/50.*

<sup>23</sup> Em outra passagem de sua construção Rüdiger afirma, com base em Antoine Jeammaud, A vontade é, portanto, o menor denominador comum entre dois sujeitos profundamente desiguais. Essa desigualdade merece a atenção da ciência do direito não quanto a sua feição material (miséria), mas quanto a suas implicações jurídicas. Hoje, as condições materiais dos trabalhadores melhoraram, pelo menos no chamado Primeiro Mundo, onde o nível de consumo dos trabalhadores é *elevado*, embora as condições de miséria se façam sentir ainda para grande parte dos trabalhadores dos "países periféricos", como o Brasil. O que interessa é que a desigualdade real se mostra, também, e apesar de toda ideologia da igualdade e liberdade contratual, em nível jurídico. Pois a imagem do encontro de duas *vontades livres* e iguais na esfera jurídica está obsoleta em face daquilo que se forma, na maioria das vezes, quando se conclui um contrato: uma relação de poder e subordinação. Rüdiger, D. S. Op. cit. p. 75.

<sup>24</sup> Vale lembrar o sentido das limitações impostas a qualquer sujeito de direito, ela está expressada no artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas "toda pessoa tem *deveres* com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver *livre* e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração."

<sup>25</sup> Rodrigues, A. P. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: L Tr. 1996.



fático que o trabalhar é única fonte legítima de obtenção de sobrevivência, daquele que não possui capital.

Propõe-se uma releitura do princípio protetor, ou, já em nova configuração, princípio da hipossuficiência ou da *sujeição concreta*<sup>26</sup>, à luz da matriz organizacional do Estado e do neocorporativismo, que são os direitos fundamentais constitucionais concretos para cada comunidade e realidade social<sup>27</sup>. Assim, proteção ao mais fraco nas relações jurídicas, na ordem social, continua sendo papel da unidade representativa do povo, hoje, ainda do Estado<sup>28</sup>, mesmo que limitada e com finalidades intuitivamente renováveis e perceptíveis<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> “A nossa matéria é, por definição, protetora. Tutela o indivíduo enquanto produtor juridicamente subordinado a um outro indivíduo ou grupo de indivíduos que contratam e dirigem seu trabalho. É este aspecto que diz respeito à personalidade e à dignidade humana que atrai a atenção das leis, da jurisprudência e da doutrina. A progressiva tomada de consciência dos direitos e dos valores constitucionais, inerentes à dignidade do ser humano, obriga a reconsiderar a orientação economicista”. Piñero-Rodriguez, M. *Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho*. in: Carrion, V. Revista Jurídica Trimestral *Trabalho & Doutrina, processo e jurisprudência*. n. 15. São Paulo: Saraiva. Dez.1997. p. 25.

<sup>27</sup> “Num momento de desordem e de perturbação do direito do trabalho, numa época em que os imperativos econômicos do mercado questionam os dogmas tradicionais da disciplina, é oportuno recordar o persistente vigor dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas empresas, e isto poderá ser um antídoto para emancipar o contrato de trabalho de sua excessiva subordinação à economia. As reflexões que faço não pretendem resolver todos os problemas. As questões que surgem com o progresso da teoria dos direitos fundamentais no constitucionalismo moderno, desde o início solicitadas pelos institutos estritamente trabalhistas, restituem ao direito do trabalho parte do seu tradicional papel de vanguarda no direito privado. Piñero-Rodriguez, M. Piñero-Rodriguez, M. *Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho*. P. 25.

<sup>28</sup> Não se pretende ingressar nas discussões sobre a legitimidade de entidades *ilícitas*, que no mais das vezes pela omissão do Estado-nação, ocupam o seu lugar, ditando e impondo regras simultâneas à ordem jurídica. Isto porque no espaço do neocorporativismo, também, as corporações privadas, através de cartéis e monopólios, ditam regras paralelas à ordem posta. É o problema que salientava Canotilho, quanto à crise da *matriz organizacional legitimadora do Estado*.

<sup>29</sup> Refere-se aos princípios constitucionais da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* da administração pública, que propugnam por uma atuação pública sensível aos níveis de vida de cada sociedade. Não se pretende o aprofundamento do tema, no entanto, cumpre uma conceituação.

“Na medida em que o administrador público deve estrita obediência à lei (princípio da legalidade) e tem como dever absoluto a busca da satisfação dos interesses públicos (princípio da finalidade), há que se pressupor que a prática de atos administrativos discricionários se processe dentro de padrões estritos de razoabilidade, ou seja, com base em parâmetros objetivamente racionais de atuação e sensatez. (...) é o princípio que determina à Administração Pública, no exercício de faculdades discricionárias, o dever de atuar em plena conformidade com critérios racionais, sensatos e coerentes, fundamentados nas concepções sociais dominantes. (...) Como desdobramento dessa idéia, afirma-se também o princípio da proporcionalidade, por alguns autores denominado princípio da vedação de excessos. Trata-se da idéia de que “as conseqüências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidades proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.” Em outras palavras: os meios utilizados ao longo do exercício da atividade

Desta forma, dentro do modelo negociado de regramento das condições de trabalho, os conflitos decorrentes, que aportarem ao judiciário trabalhista, necessitarão de uma solução conforme os direitos fundamentais constitucionais do trabalhador e da dignidade da pessoa humana e da releitura do princípio protetor coletivo<sup>30</sup>.

A Constituição Federal de 1988, segundo Alexandre Moraes, estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais; aqui, interessa a conceituação de 2 (dois), não se fazendo menção aos *direitos de nacionalidade, direitos políticos, direitos de partidos políticos*:

*Os direitos individuais e coletivos correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, porém, não de forma taxativa, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5<sup>o</sup>.*

*Os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1<sup>o</sup>, IV. A Constituição federal consagra os direitos sociais a partir do art. 6<sup>o</sup>.<sup>31</sup>*

Esses direitos fundamentais individuais e sociais formam uma unidade, embora tenham surgido em momentos distintos e, muitas vezes, antagônicos. Pode-se pensar: Como aplicar o *direito à privacidade* e o *direito à segurança pública*; como conciliar a defesa da *livre iniciativa econômica* com o *direito ao trabalho protegido face à automação*?<sup>32</sup> Em

---

administrativa devem ser logicamente adequados aos fins que se pretendem alcançar, com base em padrões aceitos pela sociedade e no que determina o caso concreto. Cardozo, J. E. M. *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de Acordo com a Emenda Constitucional n. 19/98)*. In: Moraes, A. de. (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos*. São Paulo: Atlas. p. 181.

<sup>30</sup> Pérez Leiero, citado por Sérgio Ferraz, afirma que "la tutela, como basada em la justicia y en una forma especial de ella, la equidad, non puede ser transitoria. La tutela siempre tendrá su razón de ser en el desnível económico, que va consustancial ai contrato. En este sentido no se puede hablar de transitoriedad. Solam ente en una acepción meramente política, metajurídica, portanto, pueda quizá hablarse de transitoriedad más en el terreno legislativo y administrativo que en el jurisprudencial en el que dado su carácter apolítico, no cabe nunca aquel exceso político de circunstancias de captación e de miedo." Ferraz, S. *A norma processual trabalhista*. São Paulo: RT. p. 44.

<sup>31</sup> Moraes, A. *Direitos Humanos Fundamentais e a Constituição de 1988*. in: Moraes, A. (coord.). *Os dez anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas. 1999. p. 79.

<sup>32</sup> Esses questionamentos são de José Felipe Ledur, que responde: O certo é que nem os direitos civis e políticos, nem os direitos sociais conseguiram consolidar-se até hoje. As lutas históricas em favor dessas espécies de direitos trilham caminhos diferentes. Para a consolidação dos primeiros, foi necessário limitar a presença do Estado. Para a afirmação dos direitos sociais, ampliá-la. Atualmente, contudo, percebe-se que os direitos fundamentais clássicos requerem um sistema de proteção que exige, não a abstenção do Estado, mas sim, ações positivas de sua parte. Dessa maneira, ocorre uma aproximação

verdade, a pretendida composição harmônica deste todo começa pela admissão da *relatividade dos direitos fundamentais*, vale lembrar, a razão última de existência da sociedade é a dignidade humana, contudo ela sofrerá com as limitações da própria sociedade<sup>33</sup>. A adequada extensão do conteúdo dos direitos fundamentais individuais e sociais surge do chamado *princípio da proporcionalidade*. Gilmar Ferreira Mendes, citado por Moraes, afirma que:

*um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida<sup>34</sup> há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o fim atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito). O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Enforderichkelt) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado<sup>35</sup>.*

É papel do aplicador do direito a defesa dos direitos fundamentais social e a realização dos comandos constitucionais. Neste sentido, J.J. Gomes Canotilho propõe alguns problemas à magistratura trabalhista que superaram os limites tradicionais da estruturação da matéria de sua competência, vale lembrar, a proteção da vontade individual e a proteção estatal contra as ações do empregador. Trazem, em verdade, *a complexa problemática dos esquemas relacionais entre o direito constitucional e o*

---

dos direitos fundamentais clássicos, de tradição individualista e liberal, com os direitos fundamentais sociais, que requerem prestações positivas do Estado. Os direitos de primeira e Segunda geração voltam-se para a *proteção da pessoa*. Ledur, J. F. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Fabris. 1998. p. 162.

<sup>33</sup> Os direitos humanos fundamentais, entre eles, os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas nem como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Moraes, A. Op. cil. p. 80. Traz o autor para embasar seu pensamento as obras de Guerra Filho, W. S. *Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad*. Revista Galega de Administración Pública, n. 16, p. 244; *Nota em torno ao princípio da proporcionalidade*. in: Miranda, J. (coord.) *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra. 1 Cl96; Svarez, C. G., Hesse, K., Kleinheyser, G. *Vortrage uber Recht und Staat*. Colônia: Colônia. 1960.

<sup>34</sup> N. A. - o autor refere-se ao jogo entre indivíduo e estado, tendo por concepção que aquele é subordinado a este.

<sup>35</sup> Mendes, G. F. *A proporcionalidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório 10B de Jurisprudência, n. 23, 1994. p. 473. *apud* Moraes, A. Op. cil. p. 81.

*direito privado e, sobretudo, a questão dos chamados efeitos ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Trata-se do problema conhecido na doutrina alemã por drittwirkung de direito fundamental e na doutrina americana por State action doctrin*<sup>36</sup>.

*Exemplo 1 - A escravidão - Neste país<sup>37</sup>? a escravidão não teve uma simples ressonância cultural. Suponhamos, porém, que, não obstante o progresso civilizacional, se regressava agora, em nome da autonomia da vontade, a "contratos de escravidão". O juiz do trabalho assumia-se apenas como julgador de questões de retribuições reguladas pelo contrato ou reivindicava a sua qualidade de juiz ordinário defensor das liberdades e, propondo a ligação entre os vivos e os mortos, afirma a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade, o nascimento livre, como direitos simultaneamente pessoais e civilizacionais, aplicando-os ao "caso de trabalho" submetidos à sua decisão? Mesmo que a resposta seja inequívoca, qual o instrumentarium jurídico utilizado pelo juiz do trabalho? Os conhecidos princípios formais dos "bons costumes", da "boa fé" ou da "ordem pública" como são trabalhados na juscivilística, ou o corpus dos direitos e liberdades plasmados na Constituição e nos Pactos internacionais dos Direitos do Homem?*

*Exemplo 2 - A greve ilícita - Neste exemplo o "juiz do trabalho" é chamado a decidir um despedimento com "justa causa": despedimento resultante de greve ilícita de trabalhador. Acontece, porém, que foram cem os trabalhadores grevistas, e cinco os despedidos (todos os delegados sindicais). A nossa pergunta é agora esta: o "juiz do trabalho" limita-se a certificar a ilicitude da greve e a conseqüente regularidade do despedimento, ou pode, como o juiz Hennes, desvendar as "mini-irracionalidades" do "tomador" e do "dador" do trabalho e aplicar ao caso o princípio material constitucional da igualdade?*

*Exemplo 3 - A cláusula de closed-shop - As entidades patronais e as organizações sindicais chegam a acordo quanto à não contratação de trabalhadores não sindicalizados inserido nos respectivos contratos coletivos de trabalho, uma cláusula de closed-shop. Como será possível chegar ao juiz de trabalho? E no caso de o feito ser submetido a julgamento como poderia o nosso juiz modelar a "lei privada" dos contratantes segundo os direitos de liberdade sindical, constitucionalmente consagrados ?<sup>38</sup>*

Esses problemas exigem uma postura constitucional pre-interpretativa do juiz, no dizer de Canotilho<sup>39</sup>, a fim de garantir o cumprimento dos direitos e princípios constitucionais até o ponto em que a

<sup>36</sup> Canotilho, J. J. G. "Dizer a norma nas questões de trabalho". in: conferência proferida Brasil. Porto Alegre. Mai./1994. p. 11.

<sup>37</sup> N.A. - no Brasil.

<sup>38</sup> Canotilho, J. J. G. Op. cit. p. 13.

<sup>39</sup> Ver neste sentido as teses defendidas na obra conjunta de Senda, E., Maihofer, W., Vogel, J. J., Hesse, K. E Hayde, W. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 1996. e Catharino, J. M. *Direito constitucional e direito judiciário do trabalho*. São Paulo: L Tr. 1995.

execução deixe de ser útil para aqueles cujos direitos se supõe proteger, conforme as lições de Dworkin<sup>40</sup>. Passa-se à existência de um direito com princípios e do juiz exige-se uma visão de integridade<sup>41</sup> do ordenamento e suas contradições essenciais, como jogo social para alcançar as finalidades firmadas na constituição. Cabe, neste momento, proceder à (re) leitura do princípio protetor.

Cabe, neste momento, proceder à (re) leitura do princípio protetor. Para tanto, traz-se a construção metodológica de Robert Alexi<sup>42</sup>, dos princípios contrapostos para sustentar a existência e a vinculatividade dos direitos fundamentais sociais.

Nesta construção, as regras do *in dubio pro operario, da condição mais benéfica e da norma mais favorável*, não deixam de existir, conforme exposição feita acima. Mas, sim, devem ser postas em contradição à *desregulamentação e a autonomia do espaço do trabalho*. São princípios residuais (*regras de calibragem do sistema*)<sup>43</sup> e posturas pré-interpretativas (como finalidade última a ser alcançada)<sup>44</sup>, para se compor a solução ao

---

<sup>40</sup> Dworkin, R. *Law's Empire*. Cambridge: Mass. 1986. & *Visão de integridade*. Espaço Aberto. Jornal O Estado de São Paulo. 29 de março de 1997.

<sup>41</sup> Segundo essa *visão*, em casos difíceis os juízes não elaboram uma lei inteiramente *nova*, mas ao contrário, interpretam a lei como um todo, tentando descobrir quais os princípios morais gerais já "embutidos" na lei. (...). Mais adiante o autor afirma: "Essa explicação de integridade esclarece como os juízes podem ser criativos, sem contar apenas com suas puras *convicções* pessoais. Pode-se-lhes pedir que decidam quais os princípios de justiça e equidade já embutidos na lei da comunidade. Sem dúvida, os juízes muitas vezes terão de apelar para seu senso moral para tomar a decisão, porque pode existir mais do que um princípio condizente com a lei e o juiz terá de decidir por si mesmo qual desses princípios justifica melhor a lei.(...) Os juízes seriam, então, livres para descrever honestamente os princípios morais com os quais estão contando e seria também muito melhor incentivar a discussão pública desses princípios do que tentar persuadir o público de que seus juízes são apenas máquinas programadas." Dworkin, R. *Visão de integridade*. Espaço Aberto. O Estado de São Paulo. 29 de março de 1997.

<sup>42</sup> Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

<sup>43</sup> no sentido empregado por Diniz, M. H. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva: 1987. e *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva. 1981, contudo em outro contexto.

<sup>44</sup> Tem-se por finalidade a busca da dignidade humana e a ação social comunicativa integral - para usar Habermas -. Assim, esse trecho mostra os limites do direito e sua finalidade "A história traz lições, e o Direito deve cuidar de apreendê-las para evitar fatos com ele contrastantes. Aqui comparece o Direito como conformador de novas relações humanas, o que exige o abandono da tradicional idéia de que estaria voltado essencialmente para assegurar a prevalência ou o restabelecimento da ordem jurídica violada. Há que privilegiar a promoção em face da repressão, a prevenção ante o remédio. É comum que o princípio da dignidade humana seja lembrado quando ocorrem situações extremas que com ele se revelam incompatíveis. É nessas circunstâncias, quando a dignidade é claramente arranhada, que se torna mais fácil identificar o seu conteúdo essencial. Extraí dessa observação cumprir ao Estado e também à Sociedade estarem atentos às ameaças presentes e futuras a que reiteradas vezes a pessoa é submetida. A história mostra que a humanidade tem conseguido recuperar a dignidade de pessoas ou povos afetados por acontecimentos que os submeteram à mais vil condição. E a experiência já vivida deveria

conflito dentro dos direitos fundamentais constitucionais<sup>45</sup>.

Legitimado o espaço da autonomia privada coletiva, elevado a princípio constitucionalmente defendido<sup>46</sup>, as condições de trabalho passam a ser negociadas e, negociação pressupõe força; força que o trabalhador brasileiro não possui seja diante do excedente de oferta, seja diante da cultura da heteronomia de suas conquistas. Portanto, se mesmo neste cenário desfavorável ao trabalhador é imperativo ao Brasil implantar o receituário mundial para se tornar competitivo, há que se ter no princípio protetor aplicável ao conflito sua *compensação*. *Mas não apenas como norma programática, há que incorporá-lo na criação das normas*<sup>47</sup> e na *aplicação/integração dos conflitos*.

Logo, se para ter a menor intervenção estatal no mercado, como garantia da promessa de investimento privado e, com isso, melhoria da condição de vida geral; tem-se, por compensação<sup>48</sup>, a manutenção do princípio protetor, agora, reduzido ao conteúdo dos direitos fundamentais individuais e sociais<sup>49</sup>, como último ponto de defesa da dignidade humana e

---

*ser útil para que, ao invés de se esperar pela desgraça para, então, buscar remédio para o sofrimento de pessoas ou grupos sociais atingidos em sua dignidade, mais se atente para a prevenção desses acontecimentos, evitando a sua emergência.*" Ledur, J. F. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Fabris. 1998. p. 92/93

<sup>45</sup> Amauri Mascaro Nascimento com base em Canotilho, respondendo à indagação: *Há princípios constitucionais do direito do trabalho?* afirma que sim e após a análise dos arts. 1º e 5 e incisos, manifesta-se: *"Como se vê, todos esses princípios têm aplicação no direito do trabalho e nas diferentes questões que suscita, questões contratuais, individuais, coletivas, processuais etc. São garantias que, asseguradas a todas as pessoas, protegem, também, aquelas que figuram nas relações individuais e coletivas de trabalho."* Nascimento, A. M. *Iniciação do Direito do Trabalho*. 26ª ed. São Paulo: LTr. 2000. p. 114-116.

<sup>46</sup> Ver Prata, A. *A Tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina. 1982. Cap. VIII.

<sup>47</sup> Campo de discussão do legislativo, primordialmente, e dos grupos organizados (contra-poder) face ao uso não social do capital, o que é matéria constitucional, prevista na CF/88, no art. 174, para uma leitura sobre o assunto ver Ledur, J. F. *A realização do direito do trabalho*. Porto Alegre: Fabris. 1998. Sexta Parte. Cap. III. "Planejamento", no qual sustenta que o planejamento da economia não é, necessariamente, intervenção estatal, posto que *deve ser proposta persuasiva aos investidores* (convicente e racional).

<sup>48</sup> Trata-se de defesa da dignidade humana do grupo social o *dever* de informação da empresa para as bases da negociação *coletiva* no âmbito do neocorporativismo. Não se pode negociar sobre balanços eternamente negativos... Daí o ressurgimento da boa-fé como princípio geral de direito, as discussões acerca do sindicato por empresa ou as comissões de fábrica, bem como o regulamento de empresa. Ver Almeida, R. R. de. *O direito do trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno*. in: Manual de Direito do Trabalho - Estudos em Homenagem ao professor Cássio Mesquita Barros. São Paulo: L Tr. 1998 e Oliveira, L. J. de. *Organizações de trabalhadores e a modernização do direito do trabalho*. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC.1999.

<sup>49</sup> Esclarecendo a proposta, mas com visão liberal, Magano acena para a desconstitucionalização de direitos trabalhistas como refluxo da tendência do constitucionalismo social. *"No dias atuais, dado o fenômeno da globalização, que requer normas de caráter flexível, está ocorrendo clara reversão da apontada tendência. De acordo*

do grupo social<sup>50</sup>, já que as condições de trabalho serão negociadas diretamente entre os representantes privados<sup>51</sup>.

José Felipe Ledur, ao defender a realização do *direito ao trabalho*, constitucionalmente garantido no art. 6º da CF/88, afirma que:

*A harmonização das normas do art. 7ª e do art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição, impõe que os direitos aí definidos sejam aplicados, imediatamente. Não obstante isso, a jurisprudência dos Tribunais do Trabalho, em sua absoluta maioria, nega-se a dar essa aplicação direta a todos os direitos previstos no art. 7º da Constituição. O argumento geralmente invocado é o de que são inexigíveis judicialmente aqueles direitos, previstos no art. 7º citado, cuja regulamentação é atribuída à*

---

*com isso, é de se prever que, da Constituição em vigor, eliminem-se os dispositivos sem relevância constitucional, como é, por exemplo, o caso de horas extras e décimos terceiros salários, mas também inconveniências, tais como a aposentadoria por tempo de serviço, a unidade sindical, a contribuição sindical compulsória, a composição paritária da Justiça do Trabalho e o seu poder normativo." Magano, O. B. Constituição. Direitos fundamentais e contrato de trabalho. in: Carrion, V. Revista Jurídica Trimestral Trabalho & Doutrina, processo e jurisprudência. n. 15. São Paulo: Saraiva. Dez.1997. p. 28.*

Há que se esclarecer que os direitos fundamentais individuais (1ª geração - liberdades públicas) e sociais (2ª geração - direito dos grupos sociais), estão calcados na realização da dignidade da pessoa humana e sua liberdade (conforme Alexy, op. cit.). Logo, não basta alterar o texto da constituição com *lobbys* no congresso para erradicar os direitos fundamentais. Esta é uma visão normativista e simplista do problema. Inclusive, porque, segundo o Supremo Tribunal Federal o rol de garantias individuais do art. 5º não é taxativo, mas sim exemplificativo. STF - Pleno - Adin n. 939-7/DF - Rel. Min. Sydney Sanches - Ementário do STF n. 1730-10, in: Moraes, A. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas. 1997. p. 290.

<sup>50</sup> Os direitos fundamentais procuram facilitar e tornar possível o desenvolvimento integral da pessoa e o exercício real e efetivo da sua liberdade, a concretização da liberdade genérica em autodeterminação e em auto-realização. Para manter a coerência interna da ordem jurídica estes direitos devem influenciar todo o ordenamento jurídico em seu conjunto e em sua totalidade. Não basta conseguir a liberdade e a segurança em face do Estado, pois também nas relações entre os particulares podem ocorrer atentados à dignidade humana, aos seus direitos e à liberdade (Kahn-Freund, *Trabajo y derecho*, Madrid, 1987). Uma democracia exige a irradiação dos direitos fundamentais em todo o conjunto do ordenamento jurídico e no seio da sociedade civil. Os direitos fundamentais são componentes básicos e estruturais do direito do trabalho. A dignidade, a liberdade, a privacidade, o livre desenvolvimento da personalidade devem ser tutelados não apenas em face do Estado e dos poderes públicos, mas também em face dos particulares. (...) Piñero-Rodríguez, M. Op. cit. p. 25.

<sup>51</sup> Neste sentido, pode-se entender as recentes leis n. 9983, de 14 de 07 2000, e n. 10.035, de 25 de outubro de 2000, que apesar do interesse na arrecadação do estado, há que se visualizá-las como ponto para garantia da dignidade do trabalhador. Resta saber se o Estado irá estruturar melhor as delegacias regionais do trabalho e ampliará as vagas para o Ministério Público do Trabalho, visando a eficácia e eficiência das normas. Não ocorrendo estes incrementos de infra-estrutura, apenas se está criando um *bonde expiatório* a população e para a mídia, a exemplo do que ocorreu com a Justiça do Trabalho com a lei do *rito sumariíssimo*, esta seria a solução de todos os problemas, basta que a Justiça do Trabalho a aplique... Mas se não aplicar, será *incompetente*, logo deve ser extinta (eis a razão da lei).

*legislação ordinária ou complementar (...)*<sup>52</sup>.

Aqui, resgatam-se as afirmações feitas por José Eduardo Faria, quanto aos desafios da Justiça do Trabalho. Assim como se visualiza a diferença de comprometimento social entre empresa nacional e empresa multinacional, visualiza-se uma diferença entre instâncias inferiores e instância superior da Justiça do Trabalho. Enquanto o TST restringe a aplicação das normas constitucionais<sup>53</sup>; os juizes regionais e locais compreendem os anseios e os conflitos e compõem as dignidades humanas e as normas constitucionais.

Para eficiência da tutela constitucional ao hipossuficiente, aqui expressado como princípio protetor, e dos mecanismos estatais de controle constitucional há que se ter a relevância do princípio da realidade.

---

<sup>52</sup> Ledur, J. F. *A realização do direito do trabalho*. Porto Alegre: Fabris. 1998. p. 118. Para confirmar a tese cita em nota 31, p. 120, a seguinte ementa: "Aviso prévio proporcional - inaplicabilidade. 1. A Constituição Federal ao estipular o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço em seu artigo sétimo, inciso vinte e um, estabeleceu que o mesmo seria devido nos termos da lei assegurando, contudo, o prazo mínimo de sua duração como sendo de trinta dias. Está inserido no próprio texto constitucional que o aviso prévio proporcional tem caráter programático, pendente, pois de legislação infraconstitucional que o regulamente. Isto quer dizer que o artigo sétimo, inciso vinte e um da Constituição Federal, não é auto-aplicável, estando ainda dependendo de norma regulamentadora (...). Número do Acórdão: 0002595. Recurso de Revista. Número do Processo: 0150815. Ano: 94. DJ Data: 30.06.95. Pg: 20787." Ver também capítulo 11, da Segunda parte da mesma obra. "Doutrina das normas programáticas".

Para entender com mais profundidade este mecanismo de balcanização das promessas de felicidade da política neoliberal, ver a crítica feita por Silva Neto, M. J. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: L Tr. 1999. e Canotilho, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra. 1994.

<sup>53</sup> Faria ilustra estas atitudes: A polêmica em torno do enunciados normativos 330 e 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o primeiro impedindo o trabalhador de recorrer judicialmente caso tenha sua rescisão contratual homologada por um sindicato e o segundo autorizando a "terceirização" de empregados em atividades especializadas e não diretamente relacionadas com a produção principal da empresa, pode ser compreendida como uma reação da cúpula da magistratura trabalhista contra os "impulsos políticos" dos juizes das instâncias inferiores. Com receio dos desdobramentos que a gradativa mudança de mentalidade dos magistrados das instâncias inferiores poderia provocar no âmbito da Justiça do Trabalho, os ministros do TST parecem ter convertido os "enunciados normativos" num instrumento de controle de discricionariedade dos juizes das Juntas de Conciliação e Julgamento e dos Tribunais Regionais do Trabalho. Um indicativo disso é o fato de que, segundo o regimento do TST, esses enunciados podem ser editados mesmo quando não haja polêmica jurisprudencial, bastando o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho entender que um dado assunto merece uma interpretação determinada. Se é certo que essa prerrogativa permite a "uniformização" da jurisprudência, atendendo aos imperativos da "certeza jurídica" e da "segurança do direito", também é certo que ela, em face da multiplicação de leis com "textura aberta", com suas normas programáticas e com suas cláusulas indeterminadas, rompendo com a noção convencional do direito como um sistema fechado e piramidal, acaba manietando os magistrados de primeiro grau. Faria, J. E. *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo: L Tr. 1995. p. 158/159, nota n. 8



Luiz de Pinho Pedreira da Silva tem-se que “O princípio da primazia da realidade pode ser definido com Plá Rodrigues: significa que em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que surge de documentos e acordos se deve dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”<sup>54</sup>. Quanto aos fundamentos da existência do princípio, novamente, calcado em Plá Rodrigues afirma serem quatro: a) a boa-fé; b) a dignidade da atividade humana; c) a desigualdade das partes no contrato de trabalho; e d) interpretação dos fatos como revelador da vontade real das partes<sup>55</sup>. Vale transcrever o segundo fundamento pela importância para a linha de raciocínio ora desenvolvida:

*O segundo fundamento para o princípio, que encontra Plá Rodriguez, é o da dignidade da atividade humana. Assim explica-o: "Dado que o efeito principal do contrato é a prestação da atividade humana, parece claro que esse fato - que em algum grau participa da dignidade procedente da natureza humana - deve prevalecer sobre um elemento puramente intelectual e especulativo, como pode ser o texto de um contrato". Pondera mais que "... o direito do trabalho regula atividade humana que, embora possa se originar na obrigação emergente de um contrato, se desprende logo do seu texto para adquirir vida independente. Nisto, influi decisivamente o fato de que se trate de um contrato de trato sucessivo, o qual determina seu caráter dinâmico que leva a possíveis e freqüentes modificações na prática. Reflitam-se ou não essas modificações na documentação, o certo é que para aplicar as normas trabalhistas devemos partir do que está ocorrendo realmente em cada momento”<sup>56</sup>. (sem grifo no original)*

O princípio da primazia da realidade instrumentaliza o juiz do trabalho para lidar com os fatos; para se chegar à real intenção do empregador, ou do empregado<sup>57</sup>, ou do próprio capital corporativo<sup>58</sup>. Esta

<sup>54</sup> Silva, L. de P. P. da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: L Tr. 1999, p. 205

<sup>55</sup> Silva, L. de P. P. da. Op. cit. p. 211/212.

<sup>56</sup> Silva, L. de P. P. da. Op. cit. p. 211.

<sup>57</sup> "O princípio da realidade que comi na na esfera do Direito do Trabalho não possui 'mão única'. Se há prova de que os descansos trabalhados foram pagos, mas sob o título de 'horas extras', a simples denominação não invalida a finalidade, mesmo porque pagar descansos trabalhados com o preço de horas extras é até mais benéfico ao empregado" (TRT, 3ª Região, 2ª Turma, Rel. Danillo Achilles Savassi - B. Calheiros Bomfim e Silvério dos Santos, 1984, p. 166) *apud* Silva, L. de P. P. da. Op. cit. p. 229.

<sup>58</sup> Basta lembrar as reais intenções da utilização das Comissões de Conciliação Prévia, nas quais não há vontade manifestada a não ser a do Patrão que simplesmente elimina as disposições do art. 477 e extingue com base na "lei" - art. 625-E, parágrafo único, da CLT -, milhões de indenizações devidas aos trabalhadores. O princípio da primazia da realidade deve trazer à luz os motivos políticos e ideológicos das decisões judiciais, notadamente, nas decisões normativas, a fim de se ter uma efetiva democracia participativa e evitar justificativas jurídicas absurdas.

real intenção, no mais das vezes, recai sobre uma vantagem econômica contrária à legislação. Basta lembrar: a terceirização da produção quando o terceirizado não tem capacidade econômica para assumir os ônus da produção; o conluio rescisório para saque do FGTS pelo empregado<sup>59</sup>; a contratação de vendedores como representantes comerciais<sup>60</sup>; a venda integral das férias; o chamado aviso prévio cumprido em casa<sup>61</sup>.

Conclui-se, que o princípio protetor com conteúdo constitucional<sup>62</sup> deve direcionar a criação das condições de trabalho pelos sujeitos da relação trabalhista, impor-lhes limites<sup>63</sup>. Também, os instrumentos jurisdicionais

<sup>59</sup> A partir de 1999, com a portaria MTb n. 60, de 4 de fevereiro, a multa rescisória prevista no art. 18, da Lei n. 8036/90, passou a ser depositada na conta-vinculada e não mais paga diretamente ao trabalhador. Isto para evitar/dificultar a devolução do cheque ao se sair do Sindicato profissional.

<sup>60</sup> "Diante do princípio da realidade que rege o Direito do trabalho, ao aspecto meramente formal sobrepõe-se o que ocorre no dia-a-dia da relação jurídica. Presentes as características que definem o empregado, configura-se o contrato de trabalho e não contrato de representação comercial com pessoa jurídica." (Ac. 40765, Rel<sup>a</sup> Juíza Ana Ferreira Madruga, in Synthesis, n. 27, 1998, pág. 280). *apud* Silva, L. de P. P. da. Op. cit. p. 231.

<sup>61</sup> Em que a real intenção do empregador é ganhar um prazo maior do que o previsto no art. 477, § 6º, alínea b), para pagamento das verbas rescisórias, bem como livrar-se da multa do art. 477, § 8º. Há entendimento contrário a esse, entendendo ser legal o fenômeno.

<sup>62</sup> Barros, A. M. Flexibilização e garantias mínimas. in: Carrion, V. (diretor). Revista Jurídica Trimestral Trabalho & Doutrina, processo e jurisprudência. n. 20. São Paulo: Saraiva. Mar.1999. p. 19, afirma: "Percebe-se que medidas flexibilizadoras foram adotadas pelo Direito do trabalho Brasileiro, mas os princípios clássicos mencionado ainda inspiram o sentido das normas, reafirmando o garantismo principalmente constitucional, que emerge das 34 garantias sociais previstas no art. 7º. Os autores afirmam que isso se explica pelo fato de que a reforma constitucional procurou conferir nova legitimidade ao Estado recém-saído de um regime militar autoritário e, por isso, ainda traumatizado pelo deslocamento do consenso político. Logo, esse caráter garantista foi uma decorrência de um pacto, pelo qual a sociedade civil se insurgiu contra o regime militar, e esse consenso político se pagava mediante uma reafirmação das garantias sociais."

<sup>63</sup> Pedro Paulo Teixeira Manus traz a classificação proposta por José Barros Moura, para a interação entre a norma coletiva e a lei: "a) *normas facultativas (dispositivas ou supletivas): que admitem qualquer regulamentação diferente, num sentido mais favorável ou menos favorável ao trabalhador; b) normas imperativas absolutas: que não admitem qualquer modificação em sentido diferente, seja ele mais ou menos favorável ao trabalhador; c) normas imperativas máximas: que não admitem qualquer modificação em sentido favorável ao trabalhador; d) normas imperativas mínimas: que não admitem qualquer modificação em sentido menos favorável ao trabalhador, mas permitem todas as modificações num sentido mais favorável.*" E conclui com base na classificação: "Como constatamos, o direito do trabalho obedece do mesmo modo que os demais ramos do direito à hierarquia das fontes. Isso porque as normas hierarquicamente inferiores só podem dispor de forma diversa em relação ao que determina a norma hierarquicamente superior, quando cuidam ambas do mesmo tema, na hipótese de não existir conflito, isto é, quando a norma superior permitir tratamento diverso. Caso contrário, haverá conflito entre as normas, prevalecendo aquela superior." Manus, P. P. T. *Negociação coletiva e contrato individual de trabalho*. São Paulo: Atlas. 2001. p. 119.

Desta forma, há limites para validade das normas coletivas. Segundo Manus, elas estão subordinadas à hierarquia quando não estão em conflito. Quando em conflito, prevalece a hierarquia dinâmica (princípio da norma mais favorável), contudo dependente do tipo de

processuais de composição de conflito devem se pautar na *primazia da realidade*, a fim de apurar, nos fatos do cotidiano do trabalho, se a *dignidade* tanto dos trabalhadores, como de suas *entidades representativas*<sup>64</sup> foi preservada dentro da *proporcionalidade* que a comunidade local assimila, respeitado o mínimo que o Estado planejou na constituição federal.

## 2. REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

ALMEIDA, R. R. de. *Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia, incorporação nos contratos individuais de trabalho*. São Paulo: LTr. v. 60. n. 12. 1996.

ALMEIDA, R. R. de. O direito do trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno. in: *Manual de Direito do Trabalho - Estudos em Homenagem ao professor Cássio Mesquita Barros*. São Paulo: LTr. 1998

interno. in: *Manual de Direito do Trabalho - Estudos em Homenagem ao professor Cássio Mesquita Barros*. São Paulo: LTr. 1998

BARROS, A. M. *Flexibilização e garantias mínimas*. in: CARRION, V. (diretor). *Revista Jurídica Trimestral Trabalho & Doutrina, processo e jurisprudência*. n. 20. São Paulo: Saraiva. Mar. 1999.

CANOTILHO, J. J. G. *"Dizer a norma nas questões de trabalho"*. in: conferência proferida Brasil. Porto Alegre. Mai./1994.

CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra. 1994.

CARDOZO, J. E. M. *Princípios constitucionais da administração pública* MORAES, A. de. (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos*. São Paulo: Atlas.

CARRION, V. *Revista Jurídica Trimestral Trabalho & Doutrina, processo e jurisprudência*. n. 15. São Paulo: Saraiva. Dez.1997.

CARRION, V. *Tendências contemporâneas do direito do trabalho*. São Paulo: LTr.

---

norma e de bem tutelado. Se agregar a visão constitucional às afirmações do autor, conclui-se que as normas coletivas aplicáveis aos conflitos, estabelecidas pelos sujeitos da relação trabalhista, deverão ser analisadas: a) sendo constitucionais, logo válidas e aplicáveis; b) sendo inconstitucionais (*as que ferirem os direitos fundamentais*), serem integradas consoante os parâmetros dos direitos fundamentais (dignidade do trabalhador).

<sup>64</sup> Pensa-se, aqui, nas ações anti-sindicais combatidas pela convenção 87 e 98 da OIT, bem como em entidades representativas como extensão da figura humana do trabalhador. Nesta lógica, hoje, se sustenta a responsabilidade criminal da pessoa jurídica diante do dano ambiental, previdenciário, ambiental trabalhista. No mesmo raciocínio, mas por ordem inversa, o dano à marca e à imagem da empresa.

- COSTA, C. C. *Princípios característicos del derecho procesal del trabajo*. in: Derecho Laboral. n. 117. Montevideu: janeiro-março. 1980.
- DALLEGRAVE NETO, J. A. *Inovações na legislação trabalhista*. Aplicação e análise crítica. São Paulo: L Tr. 2000.
- FARIA, J. E. *Os novos desafios da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr. 1995.
- FERRAZ, S. *A norma processual trabalhista*. São Paulo: RT. 1983.
- GENRO, T. F. *Em defesa do poder normativo e da reforma do Estado*. In: SZMUKLER, B. (coord.) *Perspectivas do Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1993.
- GUERRA FILHO, W. S. *Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidade*. Revista Galega de Administración Pública, n. 16, in: MIRANDA, J. (coord.) *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra. 1996;
- LEDUR, J. F. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Fabris. 1998.
- LIMA, F. M. M. de. *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: LTr. 1997. AMATRA IV. *Fazendo história - direito do trabalho no limiar do novo século*. São Paulo: L Tr. 1994.
- LIMA, F. M. M. de. *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: LTr. 1997.
- MAGANO, O. B.; MALLET, E. *O direito do trabalho na constituição*. São Paulo: Forense. 1993.
- MANUS, P. P. T. *Negociação coletiva e contrato individual do trabalho*. São Paulo: LTr. 2001.
- MELHADO, R. *Comissões de conciliação: a lógica do avesso*. in: PALMA, J. A. da. *Novas práticas trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.
- MELLO, e. A. B. de. *O conteúdo jurídico do princípio de igualdade*. São Paulo: RT.1978.
- MENDES, G. F. *A proporcionalidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23,1994. p. 473.
- MORAES, A. *Direitos Humanos Fundamentais e a Constituição de 1988*. in: MORAES, A. (coord.). *Os dez anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas. 1999.
- OLIVEIRA, L. J. de. *Organizações de trabalhadores e a modernização do direito do trabalho*. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC. 1999.
- PIÑERO-RODRIGUEZ, M. *Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho*. in: CARRION, V. *Revista Jurídica Trimestral Trabalho & Doutrina, processo e jurisprudência*. n. 15. São Paulo: Sarai',a. Dez. 1997. p. 25.
- PORTES, A. *Quando o mais pode ser menos: normas trabalhistas, desenvolvimento e economia informal*. In: *Novos Estudos*. São Paulo: Cebrap. 1993. n. 35.
- PRATA, A. *A Tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina. 1982.
- REALE, M. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva. 1995.
- RODRIGUEZ, A. P. *Princípios de direito do trabalho*. 5ª tiragem. São Paulo: LTr. 1997.

ROMITA, A. S. *Direito do Trabalho- temas em aberto*. São Paulo: LTr. 1998.

RÚDIGER, D. S. *O contrato coletivo no direito privado: contribuições do direito do trabalho para a teoria geral do contrato*. São Paulo: LTr. 1999.

SILVA NETO, M. J. e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: L Tr. 1999.

SILVA, L. de P. P. da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2ª. ed. São Paulo: LTr. 1999;

SOUZA, O. A. R. de. *Transformações em Direito do Trabalho: Incitações à reflexão*. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC.